

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão: 18.359/07/1ª Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010120515-35
Impugnante: Novelis do Brasil Ltda.
Proc. S. Passivo: Luciana Goulart Ferreira Saliba / Outro(s)
PTA/AI: 01.000154879-01
Inscr. Estadual: 461013765.00-50
Origem: DF/ BH-3

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST – ENERGIA ELÉTRICA – Constatado que a Autuada deu entrada de energia elétrica em seu estabelecimento, adquirida em operações interestaduais, sem o recolhimento do ICMS devido. Mantidas as exigências de ICMS/ST e MR. Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Exige-se através do presente Auto de Infração ICMS/ST e MR prevista no artigo art. 56, II, da Lei 6763/75, face a imputação fiscal de falta de recolhimento de ICMS/ST nas aquisições interestaduais de energia elétrica, uma vez que o imposto não foi recolhido pela alienante/remetente da mercadoria conforme disposto no artigo 51, Parte 1, do Anexo IX, e artigo 67, Parte 1, do Anexo XV do RICMS/02.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, e por procurador regularmente constituído, Impugnação de fls. 143/153, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 212/225.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 228/233, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Exige-se no presente trabalho fiscal ICMS/ST e MR (correspondente a 50% do valor do imposto), originários da entrada de energia elétrica no estabelecimento da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Autuada, no período de janeiro/2005 a novembro/2006, não destinada à industrialização do próprio produto.

As notas fiscais objeto da autuação, cujas cópias estão anexadas às fls. 21/59 dos autos, foram emitidas pela Companhia Energética de São Paulo – CESP, localizada no Estado de São Paulo (Inscrição Estadual n.º 104.918.003.117) sem a retenção do ICMS/ST.

A apuração do ICMS/ST, por documento fiscal, encontra-se demonstrada às fls. 16 e 17. Tomou o Fisco como base de cálculo do tributo o valor corresponde a cada operação consignado nas NFs autuadas, acrescido da parcela do próprio imposto, em consonância com as disposições contidas no art. 13, inciso IX, § 15 da Lei 6763/75.

A responsabilidade da Autuada pelo recolhimento do ICMS/ST nas citadas operações encontra-se prevista no art. 22, § 21 da Lei 6763/75, a seguir transcrito:

“Art. 22 - Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

(...)

§ 8º - A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se:

(...)

6) a empresa de outra unidade da Federação que gere, distribua ou comercialize **energia elétrica**, com destino a adquirente situado neste Estado e não destinada à industrialização ou comercialização, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou a importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final.

(...)

(Efeitos de 31/12/2004 a 29/12/2005 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, ambos da Lei 15.425/2004.)

§ 21 - A responsabilidade prevista nos itens 5 e 6 do § 8º deste artigo será atribuída ao **adquirente** situado neste Estado **que receber energia elétrica** e petróleo, lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados **sem retenção** ou com retenção a menor do imposto.

(Efeitos a partir de 30/12/2005 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 20, ambos da Lei 15.956/2005.)

§ 21 - A responsabilidade prevista nos itens 5 e 6 do § 8º deste artigo será atribuída ao **destinatário**, situado neste Estado, de **energia elétrica** e petróleo, lubrificante e combustível

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

líquido ou gasoso dele derivados cuja operação ocorra **sem retenção** ou com retenção a menor do imposto.” (gn)

A incidência do imposto nas operações de que aqui se cuida está expressamente prevista na Lei Complementar 87/96, que autorizada pela CF/88 (art. 146-III) dispõe:

LC 87/96

“Art. 2º - O imposto incide sobre:

(...)

§ 1º - O imposto incide também:

(...)

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.”

Em consonância com a Lei Complementar, a Lei Estadual 6763/75 dispõe da mesma forma em seu artigo 5º, § 1º, item 4.

A incidência do imposto, portanto, está claramente delineada na legislação de regência.

Já o recolhimento através do instituto da substituição tributária, que deveria ter sido efetuado pelo remetente, tem suporte também em mandamento contido na Lei Complementar 87/96:

“Art. 9º - A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

§ 1º - A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:

I - (...)

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer esta operação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º - Nas operações interestaduais com as mercadorias de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior, que tenham como destinatário consumidor final, o imposto incidente na operação será devido ao Estado onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente."

O acordo entre os Estados interessados previsto na Lei Complementar concretizou-se pelo Convênio CONFAZ 83/00, que entrou em vigor a partir de 21/12/00, data de sua publicação no Diário Oficial da União. Este Convênio foi celebrado especialmente para autorizar os Estados a atribuir ao estabelecimento gerador ou distribuidor, inclusive ao agente comercializador de energia elétrica, situados em outras unidades federadas, a condição de substitutos tributários, relativamente ao ICMS incidente sobre a entrada, em seus territórios, de energia elétrica não destinada à comercialização ou à industrialização.

As disposições constantes do Convênio 83/00 foram, por sua vez, incorporadas ao Decreto Regulamentar mineiro pelo "Decreto 41.549 de 20/02/01", com efeitos a partir de 21/12/00, que alterou a redação do artigo 49 do Decreto 38.104/96, então vigente.

A partir de 15/12/02 entrou em vigor o Decreto 43.080/02, tratando da matéria no artigo 51 do Anexo IX, que manteve a mesma redação do dispositivo retro mencionado, alterada a partir de 07/08/03 pelo Decreto 43.785/04 para inclusão da expressão "do próprio produto" após o termo "industrialização".

Posteriormente, ou seja, a partir de 01/12/2005 a matéria ora em discussão foi inserida no Capítulo XIII do Anexo XV do RICMS/02.

Percebe-se que o legislador ordinário cuidou de garantir que o ICMS incidente sobre a energia elétrica seja arrecadado no Estado destinatário (esta foi a intenção óbvia do legislador constitucional ao tratar das operações com combustíveis e lubrificantes derivados de petróleo e **energia elétrica**).

As operações interestaduais com energia elétrica, nos termos da Constituição Federal, submetem-se a regime peculiar que já ensejou divergências quanto ao seu alcance, mas hoje se encontra sedimentada a posição de que uma vez que a capacidade econômica captada pelos impostos indiretos, como o ICMS, é manifestada pelo consumidor final da mercadoria, independentemente de tratar-se de operação interna ou interestadual, e sendo o ICMS imposto indireto que termina por onerar o consumo, este deve ser arrecadado no Estado destinatário.

Justificável, portanto, a determinação legal de incidência do ICMS na entrada no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de **energia elétrica**, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, o que constitui garantia de igualdade (pressuposto de aplicação da devida justiça fiscal), de forma a impedir que o mesmo adquirente do produto, em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

situação idêntica, possa sofrer maior ou menor ônus tributário, dependendo de a aquisição da mercadoria ocorrer em operação interna ou interestadual.

As normas legais, portanto, são claras e objetivas quando dispõem sobre a incidência do ICMS na entrada, em território mineiro, de energia elétrica, quando não destinada à comercialização ou à industrialização. A mesma clareza se repete nas regras que determinam o recolhimento do imposto por substituição tributária, com a responsabilidade pela retenção atribuída ao remetente e solidariamente ao destinatário nas operações que ocorram sem a retenção ou com retenção a menor do imposto (art. 22, § 21 da Lei 6763/75).

Na peça de defesa apresentada argumenta a Impugnante que a energia elétrica descrita nas notas fiscais objeto da autuação foi utilizada como insumo no seu processo produtivo para dar funcionalidade a equipamentos destinados à geração de calor, servindo como insumo imprescindível à produção de ligas metálicas e de produtos correlatos, consoante se comprova pelo laudo que anexa aos autos. Pondera que neste caso não incide o ICMS, em face das disposições contidas no art. 2º, § 1º, inciso III e art. 3º, inciso III da Lei Complementar 87/96. Adverte que o Fisco mineiro, em interpretação restrita da LC 87/96, passou a considerar a não-incidência do ICMS somente nas operações interestaduais destinadas à industrialização e comercialização do próprio produto, hipótese certamente contrária à Constituição Federal e à LC 87/96. Enfatiza que o termo “industrialização” adotado na LC 87/96 abarca todas as operações em que energia elétrica é consumida no processo de fabricação de outros produtos.

Entretanto, o entendimento da Impugnante não se coaduna com o objetivo a ser alcançado, qual seja o de que a incidência do tributo seja deslocada para os Estados consumidores. Ressalte-se que o próprio STF no RE 198.088-SP reconheceu a procedência deste entendimento.

A Fazenda Pública mineira já se manifestou neste sentido, conforme se percebe do exame da Instrução Normativa SLT N.º 01 de 03 de junho de 2003, publicada no MG de 06/06/03. Convém ressaltar que a IN SLT 01/03 não criou nova situação jurídica, apenas esclareceu para os contribuintes e os profissionais que atuam na área jurídico-tributária qual a correta interpretação dos dispositivos legais que regem a matéria.

Oportuno destacar que os fatos geradores em exame referem-se aos exercícios de 2005 e 2006, ou seja, ocorreram na vigência da nova redação do artigo 5º, § 1º, item 4 da Lei 6763/75, in verbis:

(Efeitos a partir de 07/08/2003 - Redação dada pelo art. 29 e vigência estabelecida pelo art. 42, ambos da Lei 14.699/03.)

“§ 1º - O imposto incide sobre:

(...)

4) a entrada, em território mineiro, decorrente de operação interestadual, de petróleo, de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados e de **energia elétrica**, quando não destinados à comercialização ou à industrialização **do próprio produto;**" (gn)

Ademais, a apreciação das alegações de inconstitucionalidade da legislação que cuida do assunto, não cabe ao CC/MG, tendo em vista o disposto no artigo 88 da CLTA/MG (Decreto n.º 23.780/84).

No tocante a inexistência de prejuízo ao erário (referida na peça de defesa), vale ressaltar que este fato não macula o presente trabalho fiscal, **haja vista o momento da ocorrência do fato gerador do imposto**, que no caso em tela deu-se no recebimento pela Autuada da energia elétrica descrita nas NFs arroladas às fls. 16 e 17, segundo determina o art. 6º, inciso VII da Lei 6763/75.

Outrossim, se considerado o aspecto alegado pela Impugnante (ausência de prejuízo), não haveria recolhimento do ICMS pelo estabelecimento importador no tocante às operações de importação do exterior de mercadorias, as quais se destinassem a posterior comercialização (com incidência do ICMS), uma vez que também nesta situação o direito ao crédito pela referida entrada/importação é inquestionável. No entanto, conforme abordado, não se pode afastar o aspecto temporal quando do exame do fato gerador do ICMS.

Legítimas, portanto, as exigências fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 1.ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencidos os Conselheiros Rodrigo da Silva Ferreira (Revisor) e Antônio César Ribeiro, que o julgavam improcedente. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Leonardo Maurício de Carvalho. Participaram do julgamento, além dos signatários, os conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 08/08/07.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Rosana de Miranda Starling
Relatora

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão:	18.359/07/1 ^a	Rito: Ordinário
Impugnação:	40.010120515-35	
Impugnante:	Novelis do Brasil Ltda	
Proc. S. Passivo:	Luciana Goulart Ferreira Saliba/Outro(s)	
PTA/AI:	01.000154879-01	
Inscr. Estadual:	461.013.765.00-50	
Origem:	DF/BH-3	

Voto proferido pelo Conselheiro Rodrigo da Silva Ferreira, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

O RICMS/02 ao instituir a incidência do imposto sobre as operações de entrada de energia elétrica em território mineiro, desde que não seja destinada à industrialização do próprio produto, mesmo restringindo a isenção trazida pelo art. 3º, da Lei Complementar nº 87/96, não atinge o presente caso.

È sabido que no processo industrial para obtenção do alumínio a energia elétrica não é apenas um insumo que movimenta as máquinas no processo industrial, mas é matéria prima essencial para obtenção, através do processo da eletrólise, do produto final, ou seja, a energia elétrica é industrializada junto com a bauxita, formando ao final o alumínio.

Assim, numa interpretação teleológica das normas, conclui-se que o presente caso se enquadra exatamente nos termos dos dispositivos do RICMS/02, vez que a energia elétrica é efetivamente industrializada pela impugnante, pelo que faz jus à mesma isenção trazida pela Lei Complementar nº 87/96.

Por fim, não sendo devido o ICMS, melhor sorte não socorre à multa de revalidação.

Diante disso, julgo improcedente o lançamento.

Sala das Sessões, 8/08/07.

Rodrigo da Silva Ferreira
Conselheiro